



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

Facultad de Derecho

MÁSTER DE ACCESO A LA ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MASTER

**REPARTO DE LOS GASTOS HIPOTECARIOS (ANÁLISIS Y EVOLUCIÓN
JURISPRUDENCIAL)**

Realizado por: Patricia San Miguel Junco

RESUMEN

En este trabajo se pretende plasmar los problemas que han surgido en los últimos años como consecuencia de las cláusulas de atribución de gastos de los préstamos hipotecarios en España. La declaración de nulidad de dicha cláusula dictada por el TS en el año 2015, lejos de resolver dudas trajo consigo numerosas demandas cuya solución era totalmente contradictoria entre los Juzgados y Tribunales de nuestro país, que debían de ser los encargados de valorar los efectos de dicha declaración de abusividad. En un intento de unificar doctrina el TS, se pronuncia a través de cinco importantes Sentencias en las que regula estos efectos, pero lo expresado por el Tribunal no acaba de convencer, lo que lleva a que se planteen hasta el momento tres cuestiones prejudiciales, pendientes actualmente de resolución. Realizaremos, por lo tanto, un recorrido por los distintos momentos que han marcado esta frenética actividad judicial para entender el motivo por el que han surgido tantas contradicciones y los últimos argumentos dados por el TS para evitar esta situación.

SUMMARY

This paper aims to capture the problems that have arisen in recent years as a result of the clauses for the attribution of mortgage loan expenses in Spain. The declaration of nullity of said clause issued by the TS in 2015, far from resolving doubts, brought with it numerous lawsuits whose solution was totally contradictory between the Courts and Courts of our country that were to be responsible for assessing the effects of said declaration of abusiveness. In an attempt to unify doctrine, the Supreme Court issues five important Judgments in which it regulates these effects, but what the Court has just said is not convincing, which leads to three questions being raised, pending at this time of resolution. We will therefore take a tour of the different moments that have marked this frantic judicial activity to understand the reason why so many contradictions have arisen and the last arguments given by the TS to avoid this situation.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Actos Jurídicos Documentados	AJD
Artículo	ART
Boletín Oficial del Estado	BOE
Código Civil	CC
Dirección General de los Registros y del Notariado	DGRN
Impuesto de Transmisiones Patrimoniales	ITP
Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	ITPAJD
Impuestos Actos Jurídicos Documentados	IAJD
Ley de Enjuiciamiento Civil	LEC
Ley General de Consumidores y Usuarios	LGCU
Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación	LCGC
Ley Hipotecaria	LH
Organización de Consumidores y Usuarios	OCU
Reglamento de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados	LITPAJD
Sentencia del Tribunal Supremo	STS

Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios	TRLGCU
Tribunal de Justicia de la Unión Europea	TJUE
Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea	TSJUE
Tribunal Supremo	TS

ÍNDICE

Introducción.....	1
1. El préstamo con garantía hipotecaria.....	3
1.1.modalidades de acceso al préstamo con garantía hipotecaria.....	3
1.2.Características del préstamo con garantía hipotecaria.....	4
1.2.1. Carácter accesorio.....	4
1.2.2. Derecho real de garantía.....	5
1.3.Gastos que conlleva la constitución del préstamo con garantía hipotecaria.....	5
2. Las cláusulas abusivas.....	7
3. Evolución normativa y jurisprudencial: división en los tres hitos más importantes.....	8
3.1.Declaración de abusividad de la cláusula gastos. Sentencia del Tribunal Supremo705/2015.....	8
3.1.1. Argumentos para declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios.....	11
3.1.2. Las continuas contradicciones de los tribunales	14
3.2. Las cinco sentencias dictadas por el Tribunal Supremo en un intento de unificación de doctrina.....	18
3.2.1. Reparto de los gastos.....	18
3.2.2. Gastos de gestoría.....	19
3.2.3. Honorarios del notario.....	19
3.2.4. Arancel notarial.....	19
3.2.5. Arancel registral.....	19
3.2.6. Escritura de modificación o cancelación.....	20
3.2.7. Cuestiones prejudiciales.....	20
3.3. Nueva Ley Hipotecaria	23
Conclusiones.....	24
Bibliografía.....	29
Jurisprudencia.....	30

INTRODUCCIÓN

Muchas han sido las demandas interpuestas en los últimos años por parte de los consumidores, solicitando la declaración de nulidad de distintas cláusulas de los contratos que habían firmado con las entidades bancarias.

Vamos a referirnos en este trabajo concretamente a las cláusulas de gastos hipotecarios, es decir, aquellas en las que se imponen por parte de la entidad bancaria al prestatario el pago de todos aquellos gastos que se ocasionan por la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, como pueden ser los honorarios del notario o los aranceles registrales, y siempre desde el punto de vista en el que el prestatario es un consumidor.

Este aumento de las reclamaciones por parte de los consumidores en contra de los bancos ha generado la creación, modificación y complementación de distinta normativa y leyes que protejan al consumidor considerado como la parte débil en este negocio y ha generado también, una gran contradicción entre los distintos juzgados y tribunales a la hora de hacer efectiva esta protección.

Se solicita que se declare solo la nulidad de ciertas cláusulas y no la nulidad total del contrato, porque eso conllevaría a que el prestatario tuviera que devolver de una sola vez la cantidad prestada por el banco, viéndose por tanto perjudicado gravemente. Consiguiendo lo contrario de lo que se pretende, es decir, su protección.

Siendo así, si el contrato puede subsistir sin dicha cláusula controvertida, la misma será expulsada y se tendrá por no puesta siguiendo vigente el resto del contrato. Pero esta acción, conlleva a plantearse qué es lo que ocurre después de la declaración de nulidad de dicha cláusula, es decir, el dinero abonado por el usuario debido a la imposición de esa cláusula ¿debe serle devuelto en su totalidad, solo en parte, o no se le debe devolver nada.?

A este respecto, debe aplicarse el artículo (Art) 1303 del Código Civil (CC) que establece: *“Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses...”* por lo tanto, conforme a este precepto debe analizarse que cantidades habría abonado el

prestatario en virtud de la cláusula abusiva que realmente no le correspondían, ya que la abusividad se fundamenta precisamente en que se le imponga al prestatario el pago indiscriminado de gastos que no le corresponderían por ley sufragar a él.

La aplicación de dicho precepto, ha supuesto, como mencionaba anteriormente, una gran cantidad de sentencias contradictorias por parte de nuestros tribunales, intentando clarificar que pagos le correspondían a cada parte conforme a la ley, y por ello, mientras unos consideraban que debería devolverse al prestatario el 100% de las cantidades abonadas por la imposición de esa cláusula declarada nula, otros sostenían que solo deberían serle devuelta la mitad de esas cantidades. Esta situación provocó que en este año (2019) se reuniera el Tribunal Supremo (TS) y dictara cinco sentencias que unificaran criterios.

Lo que pretendo en este trabajo es hacer un recorrido por estos últimos años analizando la evolución del reparto de estos gastos, para finalmente dar una opinión personal sobre si se ha llegado a la solución adecuada. Para ello será necesario analizar también qué es una hipoteca, junto con sus elementos y características, para poder entender el razonamiento utilizado por el TS para resolver este reparto.

1. EL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

El préstamo con garantía hipotecaria es un tipo de préstamo al consumo en el que una vivienda u otro tipo de inmueble actúa como garantía accesoria del cumplimiento de la obligación principal. Es decir, con este tipo de préstamo el banco pretende asegurarse de que en caso de que el deudor no cumpla con sus obligaciones, el prestamista pueda recuperar su dinero más los intereses.

En el contrato el prestamista y el prestatario pactan un tipo de interés y un plazo a devolver, amortizándose el préstamo generalmente mediante el abono de una cuota mensual.

1.1. MODALIDADES DE ACCESO AL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Existen diferentes formas de acceso a un préstamo con garantía hipotecaria, siendo las más importantes las siguientes:

- a. Subrogación: *“En la escritura pública de compraventa, el comprador se subroga en una hipoteca ya existente sobre el inmueble, que habría sido constituida por su anterior propietario, con lo que el comprador al pasar a situarse en la posición del antiguo prestatario, asume las mismas condiciones fijadas en el contrato de préstamo”*¹.
- b. Constitución: *“Se adquiere la vivienda y se constituye una hipoteca sobre la misma, firmando, por un lado, la escritura de compraventa de la vivienda y, por otro, la escritura de constitución de hipoteca. Esta vía supone mayores costes que la anterior, ya que, entre otras razones, se debe satisfacer el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados por razón del préstamo hipotecario (en el anterior supuesto no se paga este impuesto dado que el préstamo ya está constituido con anterioridad)”*².

Tanto la subrogación como en la constitución de la hipoteca, han de formalizarse en escritura pública ante Notario, inscribiéndose la misma en el Registro de la Propiedad. Con esta

¹ BELTAN.A.: “¿Cuáles son las características más importantes de una Hipoteca?”, Ahorro, <https://www.iahorro.com/ahorro/productos-financieros/caracteristicas-mas-importantes-de-una-hipoteca.html>, 2009.

² BELTAN.A. obra citada.

inscripción, el inmueble queda vinculado al cumplimiento de las obligaciones que hubiera sido objeto de contratación. Como requisito previo a la contratación del préstamo con garantía hipotecaria, es necesario que se realice una tasación del inmueble, salvo que se trate de un caso de subrogación. Es importante que la entidad bancaria que vaya a conceder el préstamo indique al interesado que tiene la opción de elegir entre las diversas entidades tasadoras si las hubiere.

En pleno auge inmobiliario, las entidades llegaban a conceder el 100% del valor de tasación más los gastos que ocasionase la adquisición y la constitución de la hipoteca. Actualmente debido a la crisis económica, que hace que el valor de los inmuebles baje continuamente, las entidades bancarias difícilmente llegan a conceder el 80% del valor de tasación y la decisión del banco sobre la cantidad que prestará irá en función de distintos factores, tales como capital aportado para la adquisición, ahorros del consumidor, sueldo del mismo, o, las garantías ofrecidas entre otros.

1.2. CARACTERÍSTICAS DEL PRESTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Para abordar el reparto y distribución de los gastos hipotecarios y poder entrar a analizar el hilo argumental que ha seguido el TS en las distintas sentencias merece la pena hacer una reflexión sobre las características que integran el préstamo con garantía hipotecaria.

1.2.1. Carácter accesorio

La característica esencial es el carácter accesorio de la hipoteca, ya que lo que se busca es garantizar la obligación principal, por lo que no puede ser constituida de manera autónoma.

Para que nazca la hipoteca debe existir previamente el préstamo y, además dejará de existir en la medida que la obligación principal se extinga. Asimismo, el hecho de que la hipoteca sea invalidada en cuanto a su constitución no es óbice para que el crédito sea invalidado; pero si sucede en el caso opuesto, es decir, si el crédito es inválido, la hipoteca lo será. En este sentido, tanto notarios como registradores deben seguir el principio de accesoriedad el cual definen como: *“la obligación asegurada es lo principal y la hipoteca que la garantiza es lo accesorio, y por ello sigue la suerte de lo principal. Ello implica que; si la obligación se transmite o cede, la hipoteca se transmite con ella. No se puede transmitir una hipoteca sin transmitir a la vez la*

*obligación garantizada, o, si la obligación se extingue, se puede exigir, y es obligado otorgar, la cancelación de la hipoteca*³.

1.2.2. Derecho real de garantía

Otra característica importante es que es un derecho real garantía por lo que otorga a su titular el poder real sobre una cosa ajena como garantía del cumplimiento de una obligación, de tal forma que, si ésta se incumple, puede el acreedor solicitar la venta en pública subasta de la cosa gravada y cobrarse la deuda con el importe obtenido. Esta definición se ve apoyada en gran medida por la expuesta por Víctor J. Asensio Borrellas, *“así pues en la hipoteca inmobiliaria, la cual tiene por objeto, como indica su nombre, bienes inmuebles y derechos reales enajenables inmobiliarios, no hay traspaso posesorio sino sujeción registral mediante inscripción de carácter constitutivo. El bien gravado continua, en fin, en la posesión de su propietario”*⁴.

Esta inscripción la hace obligatoria, el art. 1875 del CC el cual refiere que es indispensable, que el documento de constitución sea inscrito en el Registro de la Propiedad, para que la hipoteca se considere válidamente constituida. Lo mismo viene a corroborar el art. 130 de la Ley Hipotecaria (LH) al establecer que *“sólo podrá ejercitarse como realización de una hipoteca inscrita, sobre la base de aquellos extremos contenidos en el título que se hayan recogido en el asiento respectivo”*.

1.3. GASTOS QUE CONLLEVA LA CONSTITUCIÓN DEL PRÉSTAMO CON GARANTÍA HIPOTECARIA

Una vez expuesto el concepto y características más importantes del préstamo de garantía hipotecaria se hace necesario para la finalidad de este trabajo analizar cuáles son los gastos que se derivan de la constitución del mismo, y estos son:

A) Tasación:

³ DELGADO RAMOS, J.R.: *“Los principios hipotecarios tras la Ley 41/2007 de reforma del sistema hipotecario”*, Notarios y Registradores, Santa Fe, 2008.

⁴ ASENSIO BORRELLAS, V.J.: *“Derechos reales de garantía y garantías posesorias”*, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 28.

Es la valoración del inmueble hipotecado, el precio real de mercado en el momento de constitución del préstamo, a través de la misma el prestamista puede conocer el riesgo que asume con la operación hipotecaria.

B) Gestoría:

Se encarga de las gestiones derivadas de la formalización del préstamo hipotecario.

C) Notaría:

Para que la constitución de la hipoteca se pueda inscribir en el Registro de la propiedad y por lo tanto pasar a ser un derecho real es necesario que conste en documento público, por lo que se debe acudir al notario. Conforme a la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) se pueden distinguir tres fases en las que participa el notario: 1º el momento previo al otorgamiento del documento público, dedicado a su preparación, asesoramiento, información y redacción; 2º el mismo momento del otorgamiento, que es en el que las partes prestan su consentimiento y el Notario autoriza el documento y lo incorpora al protocolo; 3º el momento posterior al otorgamiento, pues debe conservarse, custodiarse y expedir las copias del documento público protocolizado. Se debe diferenciar entre las copias autorizadas y las copias simples, la autorizada es aquella que equivale a la escritura, por lo tanto, es expedida con la firma del Notario, y es un documento público. De hecho, son estas copias las que se presentan en el Registro de la Propiedad para la inscripción de la escritura, sin embargo, las copias simples no tienen el mismo valor que la escritura original, son más resumidas y no van firmadas por el Notario. Las copias autorizadas según los aranceles notariales son más caras que las copias simples.

D) Registro:

Inscribir en el Registro la escritura de constitución del préstamo hipotecario es lo que hace que nazca el derecho real. Los gastos registrales dependerán del valor del bien.

E) Impuesto de Actos Jurídicos Documentados:

Es un tributo de naturaleza indirecta que grava los actos formalizados en escrituras públicas. El tipo de gravamen lo fija cada Comunidad Autónoma y en su defecto será al 0,50%. Se considera sujeto pasivo de este impuesto al adquirente del bien o del derecho.

2. LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS

A día de hoy, todo el mundo es conocedor de que la “cláusula gastos” en los préstamos hipotecarios es abusiva, y por ende, se declara nula. Las cláusulas abusivas son todas aquellas “cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”⁵. Así mismo, “se considerará que una cláusula no se ha negociado individualmente cuando haya sido redactada previamente y el consumidor no haya podido influir sobre su contenido, en particular en el caso de los contratos de adhesión”⁶.

La Ley 7/ 1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, respecto de los efectos de la declaración de nulidad nos aclara en su artículo 10 que “la no incorporación al contrato de las cláusulas de las condiciones generales o la declaración de nulidad de las mismas no determinará la ineficacia total del contrato, si éste puede subsistir sin tales cláusulas, extremo sobre el que deberá pronunciarse la sentencia”.

Tendrá la consideración de cláusula abusiva “La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas:

a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación).

b) La estipulación que obligue al consumidor a subrogarse en la hipoteca del empresario o imponga penalizaciones en los supuestos de no subrogación.

c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.

⁵ Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, artículo 3, apartado 1.

⁶ Directiva 93/13/CEE, Ibidem, apartado 2.

d) La estipulación que imponga al consumidor los gastos derivados del establecimiento de los accesos a los suministros generales de la vivienda, cuando ésta deba ser entregada en condiciones de habitabilidad”⁷.

Se puede deducir, por lo tanto, en vista del art. 89.3 de la LGCU que, al menos, en lo que respecta a la compraventa de viviendas serán consideradas abusivas aquellas cláusulas que impongan al consumidor de manera indiscriminada el pago de todos los gastos derivados de la compraventa.

3. EVOLUCION NORMATIVA Y JURISPRUDENCIAL: DIVISION EN LOS TRES HITOS MAS IMPORTANTES

Considero que tres han sido los hitos que han marcado la evolución jurisprudencial en lo que al reparto de los gastos de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria se refiere.

3.1. DECLARACIÓN DE ABUSIVIDAD DE LA CLAUSULA GASTOS. SENTENCIA TRIBUNAL SUPREMO 705/2015

El primero parte de la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) 705/2015 de 23 de diciembre. Esta sentencia declara la abusividad de la conocida “cláusula de gastos”, lo que provocó un importantísimo aumento en las reclamaciones de los consumidores frente a las entidades bancarias por la imposición de dicha cláusula.

El resumen del caso que conlleva a este pronunciamiento del TS es el que sigue:

La Organización de Consumidores y Usuarios (OCU) presentó demanda contra dos entidades bancarias, “Banco Popular Español, S.A” y “BBVA, S.A”, en la que se solicitaba se dictase sentencia declarando la abusividad y por ende la nulidad de diversas estipulaciones de los contratos bancarios teniéndose por no puestas, pero concretamente en lo que se refiere a los gastos es contra “BBVA, S.A” y la disposición señalada como 5A en el contrato, que había quedado redactada como “ *Son de cuenta exclusiva de la parte prestataria todos los tributos,*

⁷ Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto Refundido de la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, artículo 89.

comisiones y gastos ocasionados por la preparación, formalización, subsanación, tramitación de escrituras, modificación -incluyendo división, segregación o cualquier cambio que suponga alteración de la garantía- y ejecución de este contrato, y por los pagos y reintegros derivados del mismo, así como por la constitución, conservación y cancelación de su garantía, siendo igualmente a su cargo las primas y demás gastos correspondientes al seguro de daños, que la parte prestataria se obliga a tener vigente en las condiciones expresadas en la cláusula 11ª.

La parte prestataria faculta al banco para suplir los gastos necesarios para asegurar la correcta inscripción de la hipoteca que en este acto se constituye y de los títulos previos a esta escritura, así como los gastos derivados de la cancelación de cargas y anotaciones preferentes a dicha hipoteca. Los gastos suplidos podrán ser cargados en cuenta a la parte prestataria en la forma y condiciones que se indican al final de esta cláusula.

Los mencionados servicios complementarios que, a solicitud de la parte prestataria, el Banco decida libremente realizar, serán facturados por éste con arreglo a las tarifas de comisiones y gastos que tenga vigentes el Banco en el momento de dicha solicitud. En todo caso, se considerará que constituyen un servicio objeto de facturación los trabajos de preparación de antecedentes que deba realizar el Banco para el otorgamiento de la escritura de cancelación de hipoteca.

La parte prestataria queda obligada a satisfacer y resarcir al Banco cuantos daños, perjuicios, costas y gastos procesales o de otra naturaleza, se generen u originen al Banco por incumplimiento del contrato o para el cobro del crédito, incluyendo los gastos y costes directos o indirectos, causados por las actuaciones del Banco que tengan por objeto la reclamación de la deuda (tales como, en especial, los requerimientos de pago por correo, teléfono, telegrama, notariales), así como los derivados de los procedimientos judiciales o extrajudiciales motivados por todo ello, incluidos los honorarios de Abogado y Procurador aun cuando su intervención en las actuaciones y procedimientos judiciales o extrajudiciales no fuere preceptiva.

El Banco queda facultado para cargar en cuenta o reclamar en cualquier momento a la parte prestataria cuantas cantidades se le adeuden por los conceptos antes indicados. Las cantidades así adeudadas al BANCO devengarán, desde la fecha en que éste las hubiera satisfecho y sin necesidad de reclamación, intereses de demora con arreglo a la cláusula 6ª, y quedarán garantizadas con arreglo a la cifra prevista para gastos y costas en la cláusula 9ª.

En primera instancia se da la razón a la OCU y se estima parcialmente la demanda declarando nulas dichas cláusulas. La sentencia no satisface a ninguna de las partes apelando ambas la misma además del Ministerio Fiscal.

En apelación se estima parcialmente la demanda, aunque no aporta nada nuevo con respecto a los gastos.

Posteriormente es recurrida en casación por las dos entidades bancarias. El “BBVA, S.A” desarrolla los distintos motivos de casación en función de la cláusula contractual cuya nulidad se declara en la sentencia que está siendo recurrida, por lo que uno de los motivos corresponde a la cláusula relativa a los gastos de los contratos de préstamo hipotecario, concretamente a los gastos derivados tanto de la concertación del contrato como a la ejecución, es decir, gastos de notaría, registro, impuesto de AJD, gestoría, costas procesales y honorarios de abogado y procurador. La entidad bancaria considera infringido el art. 89.3. del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (TRLGCU), concretamente en sus apartados a y c que dicen: *“En todo caso tienen la consideración de cláusulas abusivas: 3. La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario. En particular, en la compraventa de viviendas: a) La estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (obra nueva, propiedad horizontal, hipotecas para financiar su construcción o su división y cancelación). c) La estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario.”*

Aduciendo que la redacción de este artículo solo se refiere a los contratos de compraventa de viviendas y no a los de préstamo con garantía hipotecaria que era el caso, pero el TS considerara que aunque este artículo especifique que solo se aplica en el caso de contratos de compraventa, no se puede obviar el hecho de que en este caso, la garantía hipotecaria surge como consecuencia de una compraventa y que por lo tanto, debido a esa accesoriidad, puede ser perfectamente aplicable también al contrato de garantía hipotecaria. Además, defiende la entidad bancaria que la cláusula en cuestión se limita únicamente a atribuir unos gastos a los prestatarios estando los mismos ya previstas en las leyes para determinadas prestaciones realizadas a su favor, es decir, que no le impone al consumidor unos gastos que no le corresponden.

3.1.1. Argumentos para declarar la nulidad de la cláusula de gastos hipotecarios

Los motivos por los que finalmente se desestima el recurso declarando nula la cláusula, se apoyan en los siguientes argumentos: *"El art. 89.3 TRLGCU califica como cláusulas abusivas, en todo caso, tanto "La transmisión al consumidor y usuario de las consecuencias económicas de errores administrativos o de gestión que no le sean imputables" (numero 2º), como "La imposición al consumidor de los gastos de documentación y tramitación que por ley corresponda al empresario" (numero 3º). El propio artículo, atribuye la consideración de abusivas, cuando se trate de compraventa de viviendas (y la financiación es una faceta o fase de dicha adquisición, por lo que la utilización por la Audiencia de este precepto es acertada), a la estipulación de que el consumidor ha de cargar con los gastos derivados de la preparación de la titulación que por su naturaleza correspondan al empresario (art. 89.3.3º letra a) y la estipulación que imponga al consumidor el pago de tributos en los que el sujeto pasivo es el empresario (art. 89.3.3º letra c). Asimismo, se consideran siempre abusivas las cláusulas que tienen por objeto imponer al consumidor y usuario bienes y servicios complementarios o accesorios no solicitados (art. 89.3.4º) y, correlativamente, los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, aplazamientos, recargos, indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación (art. 89.3.5º).*

Basándose en el concepto de interesado, la sentencia va motivando uno por uno la abusividad de los siguientes gastos:

a) Arancel de notarios y registradores de la propiedad

"...en lo que respecta a la formalización de escrituras notariales e inscripción de las mismas (necesaria para la constitución de la garantía real), que tanto el arancel de los notarios, como el de los registradores de la propiedad, atribuyen la obligación de pago al solicitante del servicio de que se trate o a cuyo favor se inscriba el derecho o solicite una certificación. Y quien tiene el interés principal en la documentación e inscripción de la escritura de préstamo con garantía hipotecaria es, sin duda, el prestamista, pues así obtiene un título ejecutivo (artículo 517 LEC), constituye la garantía real (arts. 1875 CC y 2.2 LH) y adquiere la posibilidad de ejecución especial (art. 685 LEC). En consecuencia, la cláusula discutida no solo no permite una mínima reciprocidad en la distribución de los gastos producidos como

consecuencia de la intervención notarial y registral, sino que hace recaer su totalidad sobre el hipotecante, a pesar de que la aplicación de la normativa reglamentaria permitiría una distribución equitativa, pues si bien el beneficiado por el préstamo es el cliente y dicho negocio puede conceptuarse como el principal frente a la constitución de la hipoteca, no puede perderse de vista que la garantía se adopta en beneficio del prestamista. Lo que conlleva que se trate de una estipulación que ocasiona al cliente consumidor un desequilibrio relevante, que no hubiera aceptado razonablemente en el marco de una negociación individualizada; y que, además, aparece expresamente recogida en el catálogo de cláusulas que la ley tipifica como abusivas (art. 89.2 TRLGCU)”.

En este argumento se puede observar la importancia de las características del préstamo de garantía que anteriormente he comentado, ya que tanto la accesoriedad de la hipoteca, como el ser un derecho real de garantía son fundamentales para que el TS considere abusiva esta cláusula ya que entiende que aunque el negocio principal es el préstamo y aquí el interesado es el prestatario, también existe otro negocio accesorio que es la constitución de la garantía hipotecaria y esta garantía se adopta en beneficio del prestamista, y que además es el principal interesado en la inscripción de la hipoteca porque así consigue que nazca verdaderamente un derecho real de garantía por tanto, es al prestamista como principal interesado al que le correspondería el abono de esos gastos siendo por lo tanto abusivo imponerle de manera indiscriminada el pago de los mismos al prestatario.

Obviamente el TS intenta esclarecer quien es el máximo interesado en la inscripción de esta hipoteca porque conforme a la norma Sexta del Anexo II del Real Decreto 1426/1989 de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Notarios “*La obligación de pago de los derechos corresponderá a los que hubieren requerido la prestación de funciones o los servicios del Notario y, en su caso, a los interesados según la normas sustantivas y fiscales, y si fueren varios, a todos ellos solidariamente*” por lo tanto, será el interesado, el obligado al pago de los Aranceles de Notario, y la conclusión a la que llega el TS es que este es la entidad bancaria. Pero en mis conclusiones finales expondré mis discrepancias sobre este hilo argumental del TS, ya que considero que en lo que se refiere a la escritura de garantía hipotecaria y su inscripción en el registro, no en todos los casos existe un único interesado y que, por lo tanto, le correspondería a este el pago de total de los gastos derivados de la inscripción.

En cuanto al resto de argumentos dados por el Tribunal para ir declarando nulos uno por uno la imposición de todos los gastos derivados de dicho contrato podemos resumirlos como siguen:

b) Honorarios de abogado y procurador

En lo que se refiere a la imputación al deudor de los honorarios de abogado y procurador, la considera contraria a lo establecido en el art. 32.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) ya que solo justifica la condena en costas a este en caso de temeridad, por lo que la imposición al deudor de estos honorarios conlleva a una falta de reciprocidad entre los derechos y obligaciones entre las partes.

c) Seguro de daños

En cambio, el Tribunal sí que considera válido el pacto por el que el prestatario deberá contratar el seguro de daños de la finca hipotecada ya que se trata de una obligación legal del mismo y que debe ser el responsable de conservar diligentemente esta finca para que no disminuya su valor como garantía⁸.

Tampoco en este argumento ofrecido por el TS estoy completamente de acuerdo, ya que, si el máximo interesado en obtener una garantía es la entidad bancaria, también debería ser el máximo interesado, en que esa garantía se conserve en perfecto estado.

Finalmente, el fallo del TS se limita a confirmar la Sentencias recurridas, desestimando por lo tanto los recursos interpuestos por ambas entidades bancarias y declarar a sí mismo la condena en costas a los recurrentes.

Pero el TS no se pronuncia en esta Sentencia sobre los efectos de esa declaración de abusividad, es decir, en el sentido de que si una cláusula impuesta en un contrato es declarada abusiva y por lo tanto nula ¿Qué efectos conlleva esa nulidad? ¿Qué ocurre con los pagos que ha hecho el prestatario por la imposición de esa cláusula abusiva?

⁸ Sobre esto DIAZ FRAILE, J.M.: “Comentario de la sentencia del tribunal supremo 23 de diciembre de 2015. (705/2015)”, BOE, 2015, pág. 318 y ss.

Por ello, que el TS no se pronuncie sobre esos efectos, conllevó a que fueran los Jueces los que en virtud del caso tuvieran que decidir cuáles eran esos efectos, lo que dio lugar a múltiples contradicciones.

3.1.2. CONTINUAS CONTRADICCIONES DE LOS TRIBUNALES

a) Entre las distintas secciones de la Audiencia Provincial de Asturias

Como hemos explicado, que el fallo simplemente confirme la nulidad de estas cláusulas pero no se pronuncie sobre cuáles son los efectos de esta declaración, provoca una continua inseguridad jurídica ya que cada Tribunal, cada Juzgado es libre para decidir la distribución de estos gastos, dándose situaciones tan llamativas como que aquí en Asturias, en la misma Audiencia Provincial dependiendo de si la demanda era conocida por la sección 4º, 5º, o 6º se dieran pronunciamientos completamente distintos.

Así en un mismo proceso declarativo solicitando la nulidad de la cláusula de gastos, mientras la sección 4º se pronunciaba como sigue: *«Desestimar el recurso de apelación interpuesto por D. xxxxxx y acoger en parte la impugnación formulada por Liberbank S.A., ambos frente a la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 11 de los de Oviedo, en autos de Juicio Ordinario seguidos con el n.º 538/16, la que revocamos en parte, en el sentido de estimar únicamente la demanda en cuanto a la declaración de nulidad por abusivos de los siguientes apartados, que se tendrán por no puestos, de la cláusula quinta del préstamo hipotecario celebrado entre las partes con fecha 30 de octubre de 2006: 1º) La que impone al prestatario el pago de los gastos de aranceles notariales y registrales relativos a la modificación y cancelación de la hipoteca. 2º) La que le impone asimismo los gastos de la expedición de la primera copia de la escritura para el prestamista. Y 3º) Los apartados relativos a gastos derivados de documentos acreditativos de disposiciones, y a comisiones y gastos de otorgamiento de la carta de pago. » Condenamos a la demandada a reintegrar al demandante las cantidades que éste hubiera satisfecho en aplicación de las cláusulas anuladas. » Desestimamos la demanda en lo restante, sin hacer expresa imposición de las costas aquí causadas por recurso e impugnación».*

La sección 6ª se pronunciaba: *: «Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO*

FINANCIERO DE CRÉDITO contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Avilés en los autos de que este rollo dimana declaramos la nulidad parcial de la cláusula quinta de la escritura otorgado por los litigantes de 5 de agosto de 2005 ante el Notario de Gijón D. José Luis Rodríguez García-Robés condenando a UNIÓN DE CRÉDITOS INMOBILIARIOS S.A. ESTABLECIMIENTO FINANCIERO DE CRÉDITO al pago de a.) la mitad de los aranceles notariales de la escritura de préstamo y constitución de hipoteca; b.) la totalidad de los devengados por la expedición de la primera copia y copia simple de dicho instrumento; c.) todos los derivados de la inscripción de la hipoteca en el Registro de la Propiedad; y d.) la mitad de los honorarios de la gestoría que llevó a cabo la liquidación del impuesto y presentación de la escritura en el Registro de la Propiedad. » Dichas cantidades devengarán el interés legal del dinero desde la fecha de la respectiva factura hasta la sentencia de primera instancia, y dicho índice incrementado en dos puntos desde entonces. » No se hace especial pronunciamiento sobre las costas devengadas con el recurso».

- b) Entre la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo y la Sala Primera de lo Civil del Tribunal Supremo

Pero esto no solo sucedía en Asturias, sino en el resto de Juzgados y Tribunales de nuestro país, obviamente esta situación era perjudicial para todas las partes por lo que el TS tuvo que reunirse en pleno para intentar ofrecer una solución a este problema.

Existía una gran indecisión sobre el sujeto pasivo y obligado tributario en las transmisiones patrimoniales según estos tribunales:

- I. El prestatario como obligado tributario en las transmisiones patrimoniales según la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo

Pero antes de llegar a este momento y para hacer un completo análisis de la evolución jurisprudencial que ha tenido lugar en torno al reparto de los gastos hipotecarios debo detenerme a analizar el Texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (ITPYAJD) de 1980 y su Reglamento, concretamente en el art. 30 del Texto Refundido del ITP y AJD así como en el art. 68 del Reglamento el cual señala que, en la modalidad de documentos notariales del IAJD, "será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten documentos notariales, o aquellos

en cuyo interés se expidan", continúa el art. 68 en su párrafo 2º "cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario". El art. 8 de dicho texto legal, que -en relación con la modalidad transmisiones patrimoniales-, dispone que el obligado al pago del tributo en la constitución de préstamos de cualquier naturaleza, es "el prestatario". Y el art. 15.1 de la misma ley -también en sede de la modalidad transmisiones patrimoniales-, que señala que "la constitución de las fianzas y de los derechos de hipoteca, prenda y anticresis, en garantía de un préstamo, tributarán exclusivamente por el concepto de préstamo" ⁹.

Estos artículos son importantes ya que son tomados como referentes por la Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo que ha interpretado los mismos en el sentido de que, tanto en préstamos como en créditos con garantía hipotecaria, el sujeto pasivo del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados es el prestatario.

II. El prestamista como obligado tributario en las transmisiones patrimoniales según la Sala de lo Civil del TS

La interpretación realizada por Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, mencionada anteriormente y que recordemos, consideraba sujeto pasivo del IPTYAJD al prestatario, contrasta con la pronunciada por la Sala de lo Civil del TS 705/2015 de 23 de diciembre, también mencionada anteriormente, que declaraba la abusividad de la cláusula gastos, al considerar en lo que a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del ITPAJD se refiere, el sujeto pasivo era la entidad prestamista.

III. Cambio de postura de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (ahora considera que el sujeto pasivo es el prestamista)

Estas nuevas contradicciones provocan que se presente recurso de Casación. En él se solicitaba "*precisar, aclarar, matizar, revisar o ratificar la doctrina jurisprudencial existente en torno al artículo 29 LITPAJD, en relación con la condición de sujeto pasivo en las escrituras de constitución de préstamos con garantía hipotecaria*"¹⁰. Ya que era importante obviamente para determinar quién debía soportar el pago de dicho impuesto.

⁹ Tribunal Supremo, Sala Tercera, STS 1505/2018, de 16 de octubre de 2018.

¹⁰ Tribunal Supremo, Sala Tercera, Recurso núm. 5350/2017, de 15 de enero de 2017.

Este recurso lleva a la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo (previamente se había pronunciado el día 28 de febrero de 2018, la Sala Civil del TS, ratificando la postura de la Sala de lo Contencioso Administrativo) a dictar Sentencia 1505/2018, 16 de octubre de 2018, en la que da un nuevo giro jurisprudencial y establece que el sujeto pasivo del IAJD cuando el documento es una escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria, es la entidad bancaria. En consonancia con este pronunciamiento acuerda la Sala anular el art. 68.2 del Reglamento del ITPYAJD, al considerar que la mención “*cuando se trate de escrituras de constitución de préstamo con garantía se considerará adquirente al prestatario*” es contraria a la ley.

Pero para sorpresa de muchos, tan solo un día después de esta Sentencia el presidente de la Sala, el Sr. Luis María Díez-Picazo, suspende los recursos pendientes sobre el impuesto hipotecario y anuncia un pleno para revisar este nuevo giro jurisprudencial. En este punto la inseguridad jurídica crece, haciendo incluso que las entidades bancarias caigan en bolsa.

IV. Vuelve a ser obligado tributario el prestatario por el Pleno del Tribunal Supremo

El día 5 de noviembre el pleno de la Sala, que se encuentra formada por 31 magistrados se reúne y comienza con el debate, el día después la decisión definitiva adoptada es que el IAJD debe abonarlo el cliente. La decisión se toma de forma muy ajustada ya que es aprobada por 15 votos a favor y 13 en contra. Pero volvemos a estar en el punto de partida, es decir, el impuesto lo paga el prestatario.

V. Decisión del Consejo de Ministros: el obligado tributario será el prestamista

Debido a esta situación, el Consejo de Ministros aprueba el Real Decreto-ley 17/2018, de 8 de noviembre, por el que se modifica entre otros el art. 29 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos.

Se modifica el artículo 29 de la LITPAJ, quedando redactado como “*Será sujeto pasivo el adquirente del bien o derecho y, en su defecto, las personas que insten o soliciten los documentos notariales, o aquellos en cuyo interés se expidan. Cuando se trate de escrituras de préstamo con garantía hipotecaria, se considerará sujeto pasivo al prestamista*”.

Por lo que ahora, de nuevo vuelve a ser el obligado al pago del ITPYAJD el prestamista, es decir, la entidad bancaria, con la salvedad de que como esta modificación no tiene carácter retroactivo se aplicará únicamente a las escrituras formalizadas a partir de la entrada en vigor de esta norma, es decir, del 10 de noviembre de 2018.

3.2. LAS CINCO SENTENCIAS DICTADAS POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN UN INTENTO DE UNIFICACION DE DOCTRINA

El segundo hito más importante en la evolución jurisprudencial en torno a los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y el reparto de los mismos.

Como mencionábamos anteriormente todo este clima de inseguridad que se crea debido a los continuos cambios jurisprudenciales, provocó que el 23 de enero de 2019 la Sala 1ª del Tribunal Supremo, se reuniese en pleno, y dictase cinco sentencias, con números 44, 46, 47, 48 y 49/2019.

En estas sentencias se aclara por primera vez los efectos concretos de la declaración de nulidad de la cláusula de gastos y se pronuncia, fijando doctrina, sobre el reparto de estos gastos derivados de la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria, resolviendo así el problema de inseguridad jurídica que se había creado.

3.2.1. El reparto de los gastos

a) Gastos de gestoría

La gestoría realiza las gestiones oportunas para la formalización del préstamo hipotecario, así pues, estas gestiones se realizan en beneficio de ambas partes por lo que establece el TS que los gastos generados por este concepto deben ser asumidos por mitad.

b) Honorarios del notario

En primer lugar, destacar que son pagos que han de hacerse a terceros como honorarios debido a su intervención profesional en el negocio jurídico que se está realizando entre prestatario y prestamista.

Por lo que la declaración de nulidad de la cláusula que atribuye indiscriminadamente el pago de todos los gastos al prestatario no puede conllevar a que estos terceros, haciendo alusión a notarios, registradores y gestores, dejen de percibir lo que por ley les corresponde. Expone, además, que el pago de esas cantidades debe corresponderle a la parte que según la normativa vigente en el momento de la firma del contrato debiera asumirlo.

c) Arancel notarial

En lo que respecta al Arancel notarial, establece que los costes de la matriz de la escritura de préstamo hipotecario (documento original que redacta el notario) deben dividirse por mitad. Su hilo argumental, una vez más, se basa en establecer quien o quienes son los interesados en la intervención notarial, considerando que ambos son los interesados ya que si bien al prestamista le interesa porque así consigue que esa garantía se convierta en un título ejecutivo, también interesa al prestatario en cuanto que gracias a la aportación de esa garantía hipotecaria ha obtenido un préstamo en unas condiciones más ventajosas para él que si no lo hubiera aportado.

d) Arancel registral

Respecto del arancel registral, el TS ya no fundamenta en la figura del interesado la misma, sino en favor de quien inscribe la garantía hipotecaria, ya que en este caso se está a lo dispuesto en el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, por el que se aprueba el Arancel de los Registradores de la Propiedad, y que establece en la Norma Octava de su Anexo II, apartado 1º, que: *“Los derechos del Registrador se pagarán por aquél o aquéllos a cuyo favor se inscriba o anote inmediatamente el derecho, siendo exigibles también a la persona que haya presentado el documento, pero en el caso de las letras b) y c) del artículo 6 de la Ley Hipotecaria, se abonarán por el transmitente o interesado”*. Por lo tanto, como la garantía hipotecaria se inscribe a favor del prestamista, es a éste al que corresponde el pago de los gastos que ocasione la inscripción del contrato de préstamo hipotecario.

e) Escritura de modificación o cancelación

En cuanto a la escritura de cancelación de la hipoteca, obviamente el Tribunal establece que el interesado en la liberación de esa carga es el prestatario ya que nada gana el prestamista con dicha cancelación.

Por lo que respecta a las copias de las escrituras notariales del préstamo hipotecario resuelve que “*deberán abonarlas quien las solicite, ya que la solicitud determina su interés.*”¹¹

A la misma solución llega con respecto de la escritura de modificación del préstamo hipotecario.

f) Impuesto de transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

La Sala se reitera en que el sujeto pasivo de este Impuesto es el prestatario, como ya había confirmado en las sentencias 147 y 148/2018 de 15 de marzo.

Las cinco Sentencias se pronuncian en el mismo sentido poniendo un punto y final a la inseguridad jurídica que había provocado el hecho de que el TS en su Sentencia 705/2015 de 23 de diciembre, declarase la nulidad de la cláusula de gastos, pero no se pronunciara sobre los efectos de esta declaración.

3.2.2. Cuestiones prejudiciales

Lejos de considerar que todo el problema está resuelto, en este momento, tres son los Juzgados que han planteado cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) a raíz del pronunciamiento de estas cinco Sentencias del TS.

a) Juzgado de primera instancia N° 17 de Palma de Mallorca

El primero de ellos ha sido el Juzgado de 1ª Instancia, n° 17 de Palma de Mallorca, quien en fecha 12 de marzo de 2019, plantea Cuestión Prejudicial, (que ya ha llegado al TSJUE y se le ha asignado el número de asunto C-224/19) respecto de lo dictado en estas Sentencias, empleando entre otros los siguientes argumentos:

¹¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, STS 608/2017, de 15 de noviembre de 2017.

- 1) La clara y urgente necesidad de unificar criterios interpretativos aludiendo a la situación de inseguridad jurídica existente, y el grave e irreparable daño que esta causa a los consumidores.
- 2) Haciendo referencia a la creación de los Juzgados especializados, que se han colapsado debido al gran número de demandas interpuestas y que, uniéndolo con los continuos cambios jurisprudenciales han dado como resultado que las demandas interpuestas estén desfasadas al momento de su decisión.
- 3) Respecto de la cláusula de gastos, se pregunta que:
 - Si existe el principio de no vinculación, el imponer al prestatario gastos derivados de las cláusulas declaradas abusivas, no constituye una quiebra de ese principio.
 - Si el imponer al prestatario algunos de esos gastos derivados de las cláusulas declaradas abusivas, y la no imposición de costas a la entidad bancaria, van en contra del efecto disuasorio frente al empresario que pretende el Derecho de la Unión.
 - Si es contrario al principio de no moderación que nuestros Tribunales moderen los efectos restitutorios una vez declarada la nulidad de una cláusula por abusiva.

Además de estas cuestiones, este Juzgado plantea muchas más, pero en este caso expongo las que se relacionan directamente con el tema tratado en este trabajo.

b) Juzgado de primera instancia e instrucción N°6 de Ceuta

El segundo Juzgado en presentar cuestión prejudicial es el Juzgado de primera Instancia e Instrucción, nº 6 de Ceuta, que con fecha 13 de marzo de 2019 plantea dos cuestiones:

- 1) Si se ajusta al Derecho de la Unión el establecer como criterio inequívoco la doctrina TS en la que tras declarar abusiva la cláusula de gastos, se pronuncia en las cinco sentencias anteriormente mencionadas fijando que estos gastos deben repartirse entre la entidad bancaria y el consumidor, con el fin de limitar la restitución de las cantidades indebidamente abonadas por aplicación de la legislación nacional.
- 2) Si es igualmente ajustado al Derecho de la Unión, que el TS una vez declarada la abusividad de la cláusula, vuelva a integrarla haciendo el reparto de gastos.

c) Audiencia provincial de Alicante. Sección octava

Por último, la sección octava de la Audiencia Provincial de Alicante ha planteado una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE, con fecha 2 de septiembre de 2019, esta vez más enfocada a aclarar si las demandas donde se solicita la nulidad de las controvertidas cláusulas de gastos hipotecarios están sometidas a un plazo de prescripción. En este caso las cuestiones que se plantean son:

- 1) Una vez más aludiendo al principio de no vinculación recogido en el art. 6.1 de la Directiva, se cuestiona si es compatible con este principio, el que se interprete la devolución de cantidades al consumidor por haber sido abonadas por este cuando realmente no le correspondían, no es un efecto que se derive directamente de la declaración de nulidad, sino que se considera una acción autónoma y por lo tanto, está sujeta a plazo de prescripción.
- 2) Para el caso en que efectivamente sea compatible esta interpretación con el principio de vinculación, se cuestiona si el “plazo razonable de prescripción” aludido por el mismo TSJUE, debe ser entendido en cuanto a la normativa nacional o por el contrario debe contar con algún tipo de exigencia para cumplir con los niveles de protección al consumidor que son exigidos por la normativa europea.
- 3) Finalmente plantea, si el plazo de prescripción debería contar desde el momento de celebración del contrato, o desde el momento de la declaración de nulidad de la cláusula.

Son muy necesarias estas cuestiones planteadas por este Juzgado de Alicante, ya que el hecho de que el TSJUE dictase Sentencia con fecha 21 de diciembre de 2016, en la que establece: *«El artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de dicha Directiva, de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la*

cláusula en cuestión.» y en la que alude a “un plazo razonable de prescripción” conlleva a una nueva contradicción en nuestros Juzgados y Tribunales. Los que, si bien consideraban que había derecho por parte de los consumidores a la restitución de las cantidades abonadas en concepto de una cláusula declarada abusiva, no coinciden en si ese “plazo razonable” de prescripción debe computarse desde la formalización del contrato de préstamo hipotecario, desde la declaración de nulidad de la Sentencia 705/2015 o desde que se declare la nulidad particular de la cláusula que se les ha sido impuesta.

3.3. UNA NUEVA LEY HIPOTECARIA

El parlamento europeo dictó en el año 2014 la directiva 2014/17 Unión Europea (UE), que pretende proteger a los consumidores provocando que la Ley Hipotecaria se modifique, y sea aplicada en el caso de que se esté garantizando con un bien inmueble un crédito, y siempre que el prestatario sea consumidor.

Con esta modificación se consigue la nueva Ley Hipotecaria, Ley 5/2019, de 15 de marzo reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, en la que se pretende reforzar los deberes de transparencia, de información contractual, y, fundamentalmente pretende poner un punto y final en cuanto a las contradicciones jurisprudenciales en torno al reparto de los gastos hipotecarios, ya que no deja lugar a dudas sobre quién debe hacerse cargo de los mismos.

En este sentido, la misma Ley declara en el preámbulo II que *“además, vista la experiencia hasta la fecha, y al objeto de la recuperación de la confianza de los prestatarios, se introducen previsiones cuya finalidad es la de potenciar la seguridad jurídica, la transparencia y comprensión de los contratos y de las cláusulas que los componen, así como el justo equilibrio entre las partes”*.

Esta Ley, se aplicará a todos los contratos que se firmen a partir de su publicación, es decir, del 16 de marzo de 2019, y deja repartido el pago de los gastos derivados de la constitución de un préstamo hipotecario de la siguiente forma:

El banco deberá pagar los gastos de gestoría, registro de la propiedad, notaria (en cuanto a la hipoteca, si lo que se realiza es simplemente una compraventa entonces será el comprador

el que deba pagar la notaria), el IAJD y también deberá pagar su copia de la escritura al notario. El consumidor en cambio solo tendrá que pagar su copia de la escritura y la tasación del inmueble.

Además, establece en su artículo 3, el carácter irrenunciable de la misma, asegurando así la no imposición por parte de la entidad bancaria al prestatario de gastos que no le correspondiera abonar conforme a esta Ley.

Podríamos encuadrar la redacción de esta Ley, en el tercer hito más importante en torno a la evolución jurisprudencial referente a la cláusula de gastos.

CONCLUSIONES

PRIMERA. - Como hemos visto a lo largo de este trabajo, se podría calificar de “caótica” la situación que se ha vivido en los últimos años en torno a la imposición de la cláusula de gastos en la constitución de un préstamo con garantía hipotecaria.

SEGUNDA. - Nada tengo que objetar a la decisión del TS en el año 2015 de declarar abusivas este tipo de cláusulas, ya que están imponiendo al consumidor una serie de pagos que por ley no le corresponde, ahorrándose la entidad bancaria dicho pago. Ahora bien, consideramos que el TS, y más teniendo en cuenta que no era un tema nuevo, sino que las demandas solicitando la declaración de nulidad de la cláusula de gastos se venían sucediendo en años anteriores, debería de haber previsto y dejado fijados en la misma Sentencia como debían de hacerse el reparto de los gastos, es decir, que pagos le corresponderían al consumidor y cuales a la entidad bancaria. No siendo esto así, provocó que estos efectos los decidiera cada Juzgado dando como resultado una situación de inseguridad jurídica que afectaba a todas las partes.

TERCERA. - Estoy en desacuerdo con la argumentación del TS de que el único interesado en la constitución de la garantía hipotecaria es la entidad bancaria debido a que así esta, se convierte en un derecho real. Por supuesto, que es la forma de que

esta hipoteca se convierta realmente en una garantía, y de acuerdo con que el banco es interesado, pero no con que sea el único interesado.

Si analizamos desde el principio el negocio jurídico, es decir, desde el momento en que el consumidor accede al interior de la entidad bancaria solicitando un préstamo para adquirir una vivienda, vemos que el banco puede ofrecer un préstamo sin garantía (en función obviamente de los ingresos del cliente), pero claro, en este tipo de préstamo las cuotas mensuales a las que el consumidor ha de hacer frente para cumplir con sus obligaciones de pago son más altas, porque los intereses son más altos y el plazo de devolución del capital prestado es mucho más corto; por lo que, para conseguir mejores condiciones, es decir, interés más bajo y a más plazo de devolución del préstamo, el banco exige que se aporte una garantía de cumplimiento de la obligación. Así que queda en manos del cliente escoger entre estos dos productos: un préstamo personal o un préstamo con garantía hipotecaria.

En el caso del préstamo personal el banco asume menos riesgos en cuanto que le sea devuelto todo el capital prestado; por el hecho de que, como el plazo para esa devolución es menor, el riesgo de que se produzcan cambios tanto en la economía del prestatario, como en el mercado inmobiliario son menores, mientras que en el préstamo con garantía hipotecaria, al concederse generalmente por un plazo de 30 años, los cambios que se pueden experimentar a lo largo de estos 30 años son muchos, y aunque en el momento de concedérsele el préstamo al cliente este tenga un buen empleo y el valor de la vivienda hipotecada sea alto, puede ser que en este largo periodo de devolución del capital prestado, el cliente haya perdido el empleo estable que tenía, o que el valor de la vivienda hipotecada haya caído.

Siendo así, es el cliente el que no suele optar por este tipo de préstamo para la compra de una vivienda y prefiere solicitar un préstamo con garantía hipotecaria, en la que el mayor riesgo en esta operación es asumido por la entidad bancaria, ya que no dispone de la posesión de esa garantía, mientras que el cliente si va a disponer del inmueble adquirido siempre y cuando siga cumpliendo con sus obligaciones, y, en el caso de que no pueda cumplirlas, puede entrar dentro la protección social que le permite entregar su vivienda y no quedar con deuda alguna (entendiendo que el bien hipotecado es el que se

adquiere), lo que se conoce como “dación en pago”. Por lo que poco riesgo asume en este caso el consumidor, y mucho la entidad bancaria, a las que contrariamente a lo que se piensa no les interesa en absoluto la propiedad de una vivienda mediante el embargo de la misma o la dación en pago, ya que recordemos son entidades bancarias y no agencias inmobiliarias, es decir, ellos no trabajan con viviendas.

Así las cosas, considero que interesadas son ambas partes, ya que la necesidad de inscripción de la escritura de constitución de la hipoteca viene en parte obligada porque a quien le interesa y escoge suscribir ese tipo de préstamo es al prestatario. Por lo que entendería más razonable que tanto los gastos de notaría, los de registro y el pago de ITPYAJD se repartieran al 50% entre ambas partes.

CUARTA.- Basándome en este concepto de interesado, veo contradictorio, el hecho de que conforme a lo que establece el TS, sea el prestatario quien deba abonar el seguro de daños de la finca hipotecada y que debe ser el responsable de conservar diligentemente esta finca para que no disminuya su valor como garantía de la vivienda, ya que, si considera interesado al prestamista en todo lo relacionado con convertir en una verdadera garantía el bien hipotecado, ¿no debería ser igual en este caso?. Es decir, al que le interesa que el valor de esa garantía no se vea reducido es a la entidad bancaria, porque al cliente una vez que firma la constitución de la hipoteca le da igual si el valor de la misma se reduce o no (siempre entiendo que entrara dentro de los supuestos de protección social antes aludidos). En definitiva, si el cliente no puede hacer frente al pago del préstamo, entrega la vivienda independientemente de cómo se encuentre esta y queda libre de dicha deuda, y el que se vería perjudicado gravemente si en el momento de hacer efectiva la garantía la vivienda, ha perdido parte de su valor, es la entidad bancaria. Por lo tanto, reitero una vez más, que es más correcto el pago de este seguro al 50%, ya que no considero único interesado al prestatario.

QUINTA. - Por otro lado, el hecho de que el Consejo de Ministros modifique los art. 29 y 45 del Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos, obviando en cuanto se trate de escrituras de

préstamo con garantía hipotecaria, el tan aludido concepto de “interesado” con el único fin de que no haya lugar a dudas en que nunca se le puede imponer al consumidor el pago de dicho impuesto, no me parece correcto.

Todos somos consumidores, pero muy pocos son entidades bancarias, por eso, es muy fácil ponernos del lado del consumidor, por ello considero, que no es bueno para nuestro sistema interpretar las normas, modificarlas, o argumentar sin fundamento con el único fin de lograr lo que la mayoría considera correcto, porque a veces, lo que opina la mayoría no siempre es lo acertado.

SEXTA. - Por último, no creo acertado, el imponer un plazo “razonable” de prescripción en la reclamación de cantidades abonadas por la imposición de una cláusula abusiva; ya que entiendo que, si la declaración de abusividad es imprescriptible, los efectos de esa abusividad, no deberían de ser autónomos, sino que deberían ser un efecto inmediato y unido a esa declaración.

En resumen, si la solicitud de declaración de abusividad de una cláusula, es una acción imprescriptible, los efectos de dicha acción, también deberían de serlo. Ya que, de lo contrario, lo único que se consigue, es precisamente todo lo contrario de lo que se pretende que es la protección del consumidor y no limitar sus derechos, porque ¿en qué le beneficia al consumidor la declaración de abusividad de una cláusula como la de gastos, si ya los ha abonado al principio del negocio, si no es en que tenga derecho a que le sean devueltas las cantidades por él abonadas indebidamente en concepto de esa cláusula? Lo que se consigue así, es que aquel consumidor al que le haya prescrito la acción de devolución de estas cantidades, renuncie también a ejercer sus derechos y a solicitar la declaración de nulidad.

SEPTIMA. - En definitiva, considero y recalco que es mi opinión personal, que se han tomado medidas acertadas y medidas erróneas en lo que a la abusividad de la cláusula gastos y sus efectos se refiere. Pero lo que tengo claro es que todavía queda un largo camino que recorrer, ya que seguirán surgiendo dudas en cuanto a la imposición de este tipo de cláusulas consideradas abusivas y sus efectos. Queda esperar la respuesta del TSJUE a las cuestiones prejudiciales que se le han

planteado, y visto los antecedentes, sinceramente, nadie puede asegurar que su decisión será una u otra.

Creo, que toda la problemática radica en que no se ha dado respuesta a problemas concretos y particulares, sino a generales, cuando en realidad, cada caso es diferente. No es lo mismo que un consumidor tenga la opción de elegir entre un préstamo personal para adquirir una vivienda o un préstamo con garantía hipotecaria y opte por el de garantía hipotecaria, que el caso de un consumidor que por sus bajos ingresos el banco solo le preste el capital si garantiza, la devolución del mismo mediante una hipoteca, porque en el primer supuesto es decisión libre del prestatario optar por constituir una garantía hipotecaria y, por lo tanto, es él el interesado, y en el segundo caso, el consumidor se ve obligado a constituir un préstamo hipotecario porque no tiene otra opción, como tampoco el banco tiene otra opción de lograr consumir el negocio si no es con esta garantía, por lo que interesados en este caso serían ambas partes.

Tampoco es el mismo caso una persona que sea beneficiario de las políticas de protección social, que nada arriesga si le embargan la vivienda, a una que no entre dentro de estas políticas, que, sí arriesga a quedarse sin vivienda y además deberá seguir soportando la deuda, porque de nuevo el interés no es el mismo.

OCTAVA. - Por lo tanto, considero que por lo menos el TS debería haberse reunido con el fin dar solución a todos los escenarios posibles que a diario se plantean ante los Tribunales sobre este asunto, y no haber generalizado entendiendo que, sea cual sea el caso la solución debe ser la misma.

BIBLIOGRAFÍA

- AMAT LLOMBART, P.: *“Las cláusulas abusivas en préstamos hipotecarios celebrados con consumidores a la luz del derecho y la jurisprudencia comunitaria española”*, Reus, Madrid, 2018.
- CASTRO RICARDO, P.: *“El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores”*, Aranzadi, 2017.
- DEL REY BARBA, S.: *“La protección de los consumidores, cláusulas abusivas y préstamos hipotecarios”*, Estudios y comentarios, BIB 2019/2649, 2019.
- DE MENA, N.: *“Problemática registral y procesal de la ejecución hipotecaria judicial”* (tesis doctoral). Universidad de Salamanca, España, 2015.
- DE TAPIA, E.: *“Elementos de jurisprudencia mercantil, Volumen 1”*, Librería de Ildelfonso Mompie de Montagudo, Barcelona, España, 2008.
- DOMINGUEZ LUELMO, A.: *“Comentarios a la Ley Hipotecaria 2019”*, Aranzadi, 2019.
- MARTÍN LÓPEZ, M.J.: *“Los gastos de constitución del préstamo hipotecario tras la Ley 5/2019, de contratos de crédito”*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 10/19, 2019.
- MOLTALVO G.M.: *“Algunas consideraciones sobre la nueva ley hipotecaria”*. Fragma, Madrid, España, 2017.
- NAVAS MARQUES, J.I.: *“¿Incumple la Ley de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios el Derecho de la UE?”*, Actualidad Jurídica Aranzadi núm. 865/2013, 2013.
- ROCA SASTRE, R.: *“Derecho Hipotecario”*, Bosch, 5ta edición; Tomo IV Hipotecas, Barcelona, España, 1954.
- RODRIGUEZ ACHÚTEGI, E.: *“La posición de los tribunales españoles respecto al concepto de consumidor amparado frente a cláusulas abusivas”*, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 5/2016, 2016.
- RUBIO TORRANO, E.: *“La reforma de la Ley Hipotecaria”*, Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil núm. 8/2015, 2015.

JURISPRUDENCIA

Audiencia Provincial de Lleida, Sección 2ª, de 15 de abril de 2015, SAP 71/2015.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 4ª, de 24 de marzo de 2017, SAP 126/2017.

Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 3 de julio de 2019, SAP 1315/2019.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7ª, de 11 de julio de 2019, SAP 272/2019.

Audiencia Provincial Asturias, Sección 5ª, de 27 de julio de 2017, SAP 295/2017.

Audiencia Provincial de Asturias, Sección 3ª, SAP 387/2017, de 12 de septiembre de 2017, Aranzadi.

Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 15 de enero de 2017, Recurso 5350/2017.

Tribunal Supremo, Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo, de 16 de octubre de 2018, STS 1505/2018.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 19 de junio de 2008, STS 559/2008.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 23 de diciembre de 2015, STS 705/2015.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 25 de abril de 2017, STS 251/2017.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de noviembre de 2017, STS 608/2017.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 15 de marzo de 2018, STS 148/2018.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 14 de marzo de 2019, STS 158/2019.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, de 11 de septiembre de 2019, STS 463/2019.

Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, 16 de octubre de 2019, STS 546/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, de 23 de enero de 2019, STS 44/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, de 23 de enero de 2019, STS 46/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, de 23 de enero de 2019, STS 47/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, de 23 de enero de 2019, STS 48/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Civil Pleno, de 23 de enero de 2019, STS 49/2019.